

## Rechtsberatung

### Abwesenheit aufgrund Krankheit, Mutterschaftsurlaub, Urlaub etc. und persönliche Mandatsführung

---

#### Stichworte:

*Berufsbeistand, Abwesenheit, Krankheit, Delegation, Übertragung, Amt, Mandatsführung, KESB*

---

#### I. Frage

Was passiert mit den Mandaten einer Berufsbeiständin, welche sich während 16 Wochen im Mutterschaftsurlaub befindet? Muss die KESB während dieser Zeit eine neue stellvertretende Berufsbeiständin einsetzen? Est-ce que nous devons nommer une nouvelle curatrice "remplaçante" pour ces 16 semaines ? Die gleiche Situation kann natürlich auch im Falle von längeren Abwesenheiten infolge Krankheit oder Unfall eintreten.

#### II. Erwägungen

- a. *Unübertragbares Amt und Delegation:* Das Amt des/r Mandatsträgers/in ist im Grundsatz nicht übertragbar. Mandatsträger/-innen haben dieses persönlich auszuüben (persönliche Amtsführung), was sich aus Art. 400 Abs. 1 ZGB ergibt. Diese explizite Formulierung ergab sich in der Revision des Erwachsenenschutzrechtes als Reaktion auf die altrechtliche Praxis des *tuteur général* in einzelnen Kantonen vorab der Romandie und auch im Kanton Basel-Stadt. Der historische Gesetzgeber wollte nicht mehr, dass die KESB das Mandat einem Beistand übergibt und dieser das *gesamte* Mandat einer ihm unterstellten Fachperson weiterdelegiert (vgl. BSK ZGB I-Reusser, Art. 400 N 29; Meier, Droit de la protection de l'adulte, Rz. 948; Häfeli, Grundriss, Rz. 21.20). Nach wie vor können aber Beiständinnen und Beistände – im Rahmen ihrer Vertretungs- bzw. Rechtsmacht und wo persönliches Handeln nicht verlangt wird – *Teilaufgaben* delegieren. Sie können Hilfspersonen gemäss Art. 101 OR einsetzen oder Dritte z.B. Spitex, externe Vermögensverwalter/innen über Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR, Werkvertragsrecht, Art. 363 ff. OR) für Teilaufgaben beiziehen bzw. bei ihnen Aufgaben gemäss Art. 398 Abs. 3 OR substituieren (vgl. ESR Komm-Mösch Payot/Rosch Art. 454-456 N 12 m.w.H.; Meier, Droit de la protection de l'adulte, Rz. 949). Die Delegation muss (1.) vereinbar sein mit einer sorgfältigen Mandatsführung und (2.) eine persönliche Erfüllung durch den Beistand bzw. die Beiständin darf nicht zwingend erscheinen (BSK ZGB I-Reusser, Art. 400 N 30, ESR Komm-Häfeli, Art. 400 N 14; BSK ZGB I-Affolter, Art. 408 N 13 ff.). Bei mangelhafter, schadhafter oder nicht sorgfältiger Ausübung kann die entsprechende vertragliche Haftungsnorm ggf. geltend gemacht werden (Art. 399 OR, Art. 367 ff. OR, Art. 101 OR), wobei der/die Mandatsträger/-in bei Dritten nur für die nicht sorgfältige Auswahl und Instruktion verantwortlich gemacht werden kann (Art. 399 Abs. 2 OR; BSK ZGB I-Reusser, Art. 400 N 30) bzw. dieser bei einer Hilfsperson relativ umfassend haftet (vgl. zum Ganzen auch: Rosch, Die Begleitbeistandschaft unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention, Bern 2017 Rz. 486 m.w.H).

Mit anderen Worten kann der/die Mandatsträger/in auch selbständig insb. bei vorhersehbarer oder in der Praxis eher

kurzfristiger Abwesenheit (Schwangerschaft, Grippe) die erforderlichen Massnahmen treffen, soweit sie die Drittpersonen auch noch zu überwachen bzw. für Rückfragen beizustehen vermag. Das gesamte Mandat kann er bzw. sie aber nicht selber übertragen, das kann nur die KESB (BSK ZGB I-Affolter, Art. 408 N 14). Weitere Ausführungen und Kriterien zur Delegationsmöglichkeit finden sich im SVBB-Leitfaden für Berufsbeiständigen und Berufsbeistände, Systematik und Wissensbausteine, S. 106 f.

- b. *Aufgabenüberlagerung von KESB und Dienststelle:* Wie bereits erwähnt, kann nur die KESB im Grundsatz das gesamte Mandat Dritten übertragen. Ihr kommt auch eine allgemeine Übergangs- und Notzuständigkeit für die Wahrung der Interessen der Betreuten zu. Im Rahmen dieser kann sie durch eigenes Handeln gemäss Art. 392 Ziff. 1 ZGB oder mittels Einsetzung eines Interimsbeistandes auf eine Lücke in der Mandatsführung reagieren. Daneben kann aber auch die Organisation bzw. die Dienststelle, welche für die Mandatsführung zuständig ist, die Interessenwahrung mittels Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 419 ff. OR wahrnehmen (FamKomm ESR-Rosch, Art. 424 N 3, N 5; BSK ZGB I-Vogel, Art. 421-424 N 32; Meier, Droit de la protection de l'adulte, Rz. 1152; ESR Komm-Langenegger, Art. 421-425 N 8; BK-Schnyder/Murer, Art. 386 N 7, 23). Diese Zuständigkeit der Dienststelle ist aber nur möglich, soweit der Geschäftsverkehr die Handlungen des vertretenden Beistandes bzw. der vertretenden Beiständin akzeptiert; andernfalls ist wiederum die KESB gefordert, hier im Rahmen der aufgezeigten Handlungsoptionen, Lösungen zu ermöglichen. Es zeigt sich somit eine für das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht nicht untypische Überlagerung der Aufgaben von Kindes- und erwachsenenschutzrechtlichen Zuständigkeiten und organisationsrechtlichen, auch auf dem Arbeitsvertrag der Berufsbeiständin zur Dienststelle (Sozialdienst, Berufsbeistandschaft) basierender Rechtsbeziehung (siehe hierzu z.B. Affolter, Doppelunterstellung von professionellen vormundschaftlichen Mandatsträger(inne)n in öffentlichen Verwaltungen am Beispiel der Stadt Luzern, ZVW 5/2006, S. 232 ff.; Rosch/Garibaldi/Preisch, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde - Hoffnungsträgerin oder Hemmschuh? Die Zusammenarbeit mit der KESB aus Sicht der Berufsbeistände und Berufsbeiständigen, ZKE 5/2012, S. 416 ff.; Rosch, Auflösung der organisationsrechtlichen Grundlagen und Ende des vormundschaftlichen Mandates, ZVW 5/2009, S. 357 ff.). Solche Überlagerungen sind in der Regel durch die Koordination der entsprechenden Akteure zu lösen.
- c. *Kurz- und längerfristige Abwesenheiten:* Bei längerfristigen Abwesenheiten ist es primär Aufgabe der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die notwendigen Massnahmen zu ergreifen und einen Übergang zu ermöglichen, damit die Mandatsführung im Interesse der schutzbedürftigen Person möglichst nahtlos erfolgt. Sie hat die Aufsicht über die Mandatsführung und muss die entsprechenden Vorkehrungen treffen und kann z.B. mittels Sammelbeschlüssen auch eine vorübergehende Vertretung einsetzen. Diese sog. Übergangs- und Notkompetenz (siehe Bst. b) betrifft vor allem längerfristige Abwesenheiten (längere krankheitsbedingte Ausfälle, Militärdienst etc.). Für kurzfristige Abwesenheiten wie z.B. Ausfall des Mandatsträgers aufgrund einer kurzen Erkrankung erscheint die Zuständigkeit der KESB nicht als passendes Mittel. Bei solchen Lücken in der Betreuung ist vielmehr die Organisation Adressatin für den Übergang. Sie hat die geeigneten Mittel zur Verfügung zu stellen, was sie in der Regel mittels Stellvertretungsregelungen auch vorgibt. Wo genau die Grenze zwischen längerfristigen und kurzfristigen Abwesenheiten zu ziehen ist, ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Sie ist der Koordination der involvierten Akteure, also der KESB und der Dienststelle überlassen. Nach der hier

vertretenen Auffassung ist die Grenze im Grundsatz bei *drei Monaten* zu ziehen. Vorbehalten bleibt wie bereits unter Bst. b. erwähnt die Akzeptanz des Geschäftsverkehrs.

- d. Koordinationsbedarf: Die Koordination zwischen den genannten Akteuren aufgrund der überlagernden Aufgabenbereiche muss die verschiedenen Interessen und Kompetenzen achten; sie muss aber insbesondere zum Wohl der betroffenen Person geschehen. Folgendes Verfahren wird hier vorgeschlagen:
- a. Die Leitung der Berufsbeistandschaft erarbeitet zusammen mit den Mandatsträgern/innen eine Vertretungsregelung des/r Mandatsträgers/in und zugleich eine zweite Vertretung im Falle, dass die erste Vertretung auch ausfällt.
  - b. Gleichzeitig wird im Austausch mit der KESB geklärt, in welchen Fällen die Vertretung zur Anwendung gelangt (insb. kurz-, längerfristige Abwesenheiten).
  - c. Die KESB und die Dienststelle beschliessen die Vertretungsregelung und deren Anwendbarkeit.
  - d. Die schutzbedürftigen Personen werden über die Vertretungsregelung informiert. Bei Widerstand wird die Vertretung überprüft.
- e. *Zum Umfang der Vertretungsmöglichkeit:* Damit ist noch nichts darüber gesagt, welchen Umfang die Vertretungsmacht des Interimsbeistandes oder der Stellvertretung hat. Eine vergleichbare Situation bietet hier die Weiterführungspflicht gemäss Art. 424 ZGB. Auch hier ist der/die Mandatsträger/in unter Umständen gehalten, das Mandat vorübergehend weiterzuführen. Die Weiterführungspflicht umfasst nur die nicht aufschiebbaren Geschäfte. Damit wird nicht die Vertretungsmacht des Mandatsträgers beschränkt, sondern der Aufgabenbereich (BGE 88 III 7, E. 3; BK-Schnyder/Murer, Art. 389-391 ZGB N 12; FamKomm ESR-Rosch, Art. 424 N 10 f. im Ergebnis gleich: BSK ZGB I-Vogel, Art. 421-424 N 31, OFK ZGB-Fassbind, Art. 424 ZGB N 1, welche beide davon ausgehen, dass die Vertretungsbefugnisse beschränkt werden, was aber zum selben Ergebnis führt). Was unter die nicht aufschiebbaren Geschäfte zu zählen ist, bestimmt sich nach pflichtgemäsem Ermessen. Massgeblicher Gesichtspunkt ist dabei das Wohl der schutzbedürftigen Person. Es ist nicht nur auf Geschäfte bzw. Handlungen beschränkt, welche „bei Nichterledigung zu einer erfolgreichen Verantwortlichkeitsklage führen würde“ (BK-Schnyder/Murer, Art. 389-391 ZGB N 12). Was zeitlich aufgeschoben werden kann ohne dass die Interessen der schutzbedürftigen Person tangiert werden, muss dem vorübergehend abwesenden Mandatsträger überlassen werden. Damit wird der Fokus auf *zeitlich dringliche* Angelegenheiten gelegt (zur Weiterführungspflicht: ZK-Egger, Art. 444 ZGB N 2; BK-Kaufmann, Art. 444 ZGB N 3; Good, Das Ende des Amtes des Vormundes, Freiburg 1992, S. 75; BSK ZGB I-Vogel, Art. 421-424 N 31; FamKomm ESR-Rosch, Art. 424 N 11; Meier, Droit de la protection de l'adulte, Rz. 1151). Zudem soll die künftige Mandatsführung des Nachfolgers bzw. hier der/-m vorübergehend abwesenden Mandatsträgers/-in möglichst wenig vorbestimmt resp. präjudiziert werden (Good, Das Ende des Amtes des Vormundes, Freiburg 1992, S. 75). Damit sind im Grundsatz Entscheide von grosser Tragweite dem Nachfolger bzw. dem vorübergehend abwesenden Mandatsträger zu überlassen (OFK ZGB-Fassbind, Art. 424 ZGB N 1; FamKomm ESR-Rosch, Art. 424 N 11). Die Mandatsführung beschränkt sich ebenfalls nicht – im Gegensatz zum Begriff „weiter führen“ – auf bestehende Geschäfte, sondern kann auch neue Aufgaben umfassen (zur Weiterführungspflicht: BK-



Kaufmann, Art. 444 ZGB N 3, Good, Das Ende des Amtes des Vormundes, Freiburg 1992, S. 76; FamKomm ESR-Rosch, Art. 424 N 11). Diese Grundsätze gelten meines Erachtens auch für die vertretende Mandatsführung.

#### IV. Fazit:

1. Der Beistand bzw. die Beiständige hat das Mandat persönlich zu führen. Sie kann aber *Teilaufgaben* delegieren, soweit eine solche Delegation mit einer sorgfältigen Mandatsführung vereinbar ist und eine persönliche Erfüllung nicht zwingend erscheint. Das gesamte Mandat kann aber nicht delegiert werden.
2. Für die Frage von Abwesenheiten und damit verbundener zeitlich befristeter Übergabe der Aufgaben an eine andere Person findet sich eine Aufgabenüberlagerung von KESB und Dienststelle (Sozialdienste, Berufsbeistandschaften). Dies bedarf der Koordination der genannten Akteure. Ein diesbezügliches Verfahren wurde in Buchstabe d vorgeschlagen.
3. Nach der hier vertretenen Auffassung muss zwischen länger- und kurzfristigen Abwesenheiten unterschieden werden. Die Grenze wird hier bei drei Monaten vorgeschlagen. Innerhalb dieser drei Monate ist grundsätzlich die Dienststelle via Stellvertretung durch andere Berufsbeistände zuständig, für längere Abwesenheiten wäre die KESB zuständig, die hier mittels Sammelbeschlüssen die Mandate übertragen kann. Vorbehalten bleibt aber, dass der Geschäftsverkehr die Stellvertretungsregelung der Dienststelle akzeptiert; andernfalls kommt wiederum die KESB aufgrund ihrer Übergangs- und Notzuständigkeit zum Zuge.
4. Der Beistand bzw. die Beiständige, welche/-r die Aufgaben vorübergehend übernimmt, hat dabei nicht dieselben Kompetenzen wie der abwesende Beistand. Er hat sich auf die zwingend notwendigen Aufgaben zum Wohle der schutzbedürftigen Person zu beschränken.